

抵押物转让中的 利益衡量与制度设计

梁上上 贝金欣*

内容提要：抵押人在抵押期间不丧失对抵押物的处分权，可以自由转让抵押物。但抵押物的转让需要顾及到抵押权人利益的保障，传统立法通过赋予抵押权人追及效力来实现于此。但这可能会损害受让人的利益，导致利益和风险分配的不平衡。抵押物转让制度的设计应当充分权衡抵押人、抵押权人以及受让人三者的利益冲突，并结合物尽其用这一物权法基本价值目标，做出妥善安排。由于抵押权是价值权，以价金物上代位为主导、追及效力为补充的抵押物转让制度是一个很好的尝试。

关键词：抵押物 追及效力 物上代位 利益平衡 物尽其用

对于抵押物，一般认为抵押人可自由处分，但抵押物的转让与一般物的转让不同，需要顾及到抵押权人利益的保障。我国正在起草物权法，各个版本的建议稿对抵押物转让这一问题做了不同的制度安排，而且都与我国现行的担保法及《最高人民法院关于使用〈担保法〉若干问题的解释》（以下简称“司法解释”）的规定不尽相同。这些差异根源于对抵押权追及效力和转让价金物上代位的不同认识。不同的立法模式会导致抵押人、抵押权人以及受让人之间利益分配的差异。我国物权法究竟应采取何种抵押权制度以平衡这三者的利益分配，并努力促进实现抵押物转让制度所承载的物权法的基本价值目标？本文试图对此问题进行深入探讨，以寻求较为公平妥善的解决方案。

一、抵押物转让的立法例及其比较

考察当前大陆法系的立法例，除我国担保法之外，大都不对抵押物的转让做出限制。我国相关司法解释、学说理论以及最近的物权法建议稿中也都主张取消对抵押物转让的限制。但是，就抵押物转让的具体制度安排而言，大陆法系国家不尽相同，而我国担保法的做法更是独树一帜。

（一）抵押物转让的国外立法例

* 梁上上，浙江大学法学院副教授；贝金欣，浙江大学法学院硕士研究生。

1. 以法国为代表的传统立法

传统立法以抵押权的追及效力为中心而展开, 不动产转让于他人之后, 抵押权不因此而受影响, 抵押权人于其债权届期未获满足时, 可追及不动产。^[1] 法国民法典是这一立法模式的代表, 该法第 2114 条规定: “设定抵押权的不动产不论归何人所有, 抵押权跟随不动产而存在。” 该法第 2166 条还规定: “对于不动产已为优先权或抵押权的登录者, 不问该不动产转让于何人, 仍保留其权利, 并依债权的顺位, 或登录的顺位而取得清偿。”^[2]

但是, 这种立法对抵押权人的保障却是建立在妨碍交易安全之上的, 减损了受让人对抵押物的所有权。^[3] 为了缓和这种矛盾, 法国民法创设了涤除权制度, 取得抵押物的第三人据此可以在债务人清偿债务或抵押人行使抵押权之前以一定代价 (通常是取得抵押物的代价) 而使抵押权消灭。若抵押人不接受其出价, 便须承担一定的义务, 如请求拍卖不动产并保证使所得价款超过第三取得人出价的十分之一, 提供担保。^[4]

意大利、瑞士等国家基本上也都采用了这样的立法例。^[5] 可见, 传统抵押物转让制度的架构可以简单概括为: 承认追及效力对抵押权人利益的保障, 同时, 赋予受让人以涤除权适当平衡两者之间的利益分配不均。

2. 日本立法

日本民法典总体上继承了传统立法的主要内容, 但在承认抵押权的追及效力之余, 又认可抵押物转让价金作为代位物, 价金亦为抵押权效力所及。这种“双重主义”立法模式使其成为一个独特的“异类”。

传统立法中的“物上代位”仅指“抵押权、质权于其标的因毁损灭失得受赔偿金时, 得对此赔偿金取偿, 即其效力及于代替担保标的物之物之上。”^[6] 代位物通常只限于抵押物绝对毁损灭失时的赔偿金, 有时包括租金, 但绝不包括转让价金。但日本民法典赋予了抵押物转让价金代位物的地位。该法 304 条关于先取特权 (抵押权相关制度适用此条) 规定: “1) 先取特权, 对债务人因其标的物变卖、租赁、灭失或毁损而应受的金钱或其他物, 亦可行使。但是, 先取特权人于支付或交付前, 应实行扣押。2) 关于债务人于先取特权标的物上设定物权的对价, 亦同。”^[7]

日本抵押物转让制度的架构可以简单概括为, 承认抵押权的追及效力, 又承认价金物上代位, 以此保障抵押权人的利益; 同时, 也赋予受让人涤除权适当平衡利益冲突。另外, 价金物上代位也是对受让人的一种保障, 但是否采取物上代位的主动权在抵押权人之手。^[8]

综合考察主要大陆法系的立法例, 可以看出, 传统立法所主张的以追及效力为主导的抵押物转让制度仍然占据了主流地位, 即便在价金物的代位制度上有所创新的日本学界也是如此。

(二) 我国抵押物转让制度的沿革及其问题

我国立法对抵押物转让的规定经历了从严格限制到绝对自由的发展过程。

最早在 1988 年制定的《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见 (试行)》中规定, 未经债权人同意的抵押物转让行为无效。在 1995 年出台的担保法中修正了这种“严格限制”

[1] 王泽鉴:《民法物权——通则 所有权》, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 63 页。

[2] 《法国民法典》, 罗结珍译, 中国法制出版社 1999 年版, 第 484、502 页。

[3] 张巍:《日本的抵押权涤除制度》, 载梁慧星主编:《民商法论丛》第 24 卷, 法律出版社 2001 年版, 第 521 页。

[4] 费安玲主编:《比较担保法》, 中国政法大学出版社 2004 年版, 第 191 页。

[5] 同上书, 第 189 页以下。另外, 德国民法没有规定涤除权制度, 其理由与德国奉行抵押权独立性理论有关。

[6] 史尚宽:《物权法》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 258 页。

[7] 《日本民法典》, 王书江译, 中国法制出版社 2000 年版, 第 54 页。

[8] 值得注意的是, 日本学者对“双重主义”立法模式并不完全赞同。众多学者认为, 这种立法模式在认可追及效力完备性的前提下, 再承认价金的物上代位性, 这是对抵押权人“加以过分保护了”。总的来说, 日本法学界对出售抵押物产生价金的物上代位性在理论上是持否定态度的。

的不当做法，将条件放宽。该法第49条规定：“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。”可见，两种情形会导致抵押物转让无效：其一是抵押人未通知抵押权人或告知受让人；其二是转让价格明显低于其实际价值时，抵押人未应抵押权人请求提供相应担保。但是，最高人民法院于2000年施行的担保法司法解释则彻底取消了对已登记的抵押物的转让效力的限制。该解释第67条规定：“抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。”这种抵押物转让不受限制的理念是值得肯定的，因为抵押权的设定并没有剥夺抵押人对抵押物的处分权，对于不妨碍抵押物的交换价值的处分或者用益的行为，没有加以干涉的必要。^[9]

目前，这两个规则都具有法律效力，但两者在抵押权追及效力和价金物上代位这两者的取舍上采取了截然相反的做法。

担保法希望通过给转让附加条件来保障抵押权人的利益，而没有考虑追及效力在这方面的作用，几乎全然抛弃了抵押权的追及效力，即便在允许抵押物转让的场合，也没有赋予抵押权人对抵押物的追及力，而是规定抵押物转让所得的价金应当用于提前清偿债务或者向约定的第三人提存，这一做法类似于日本的价金物上代位制度。也就是说，担保法中的抵押物转让制度是以价金物上代位为主导，与传统立法以追及效力为中心的做法不同。

而担保法司法解释采取的办法则与占据主流的传统立法保持一致。明确承认抵押权的追及效力，并在此基础上取消了对抵押物转让的限制，其中没有涉及到任何关于转让价金的问题。但司法解释没有规定与法国、日本等传统立法类似的涤除权，受让人仅在代替债务人清偿全部债务后才能消灭抵押权。

从法条的字面意义理解，虽然这两个规定大相径庭，但尚不至于发生适用上的冲突。这是因为，担保法的规定适用于抵押人做出通知和告知的情形，司法解释则适用于抵押人未为上述行为的情形。表面上来看，两个规定各得其所，但事实上却隐藏着一个严重的诚信悖论：通知和告知可以视作为抵押人诚信的表现，抵押人若为此诚信行为，则适用担保法。根据该法第49条第3款，抵押人转让抵押物所获的价金应当向抵押权人提前清偿或者向与第三人约定的第三人提存，这样，其转让所得的价金就不能享受资金融通的利益。相反，抵押人若不为诚信行为，则适用司法解释，抵押权人为了保护自己的权利可以对抵押物主张追及力。但是，该规则没有提及价金的处理，这意味着抵押人所获得的价金由其支配。显然，相对于履行通知或者告知义务而言，抵押人更能从不履行该义务中获得利益。也就是说，“抵押人在诚信的情形下则为较重的法律负担”，^[10]有悖常理。

二、抵押物转让与物权的制度理念

构建妥当的抵押权转让制度，必须考虑两大基本问题：其一，如何在抵押权人、抵押人与受让人之间实现利益平衡。在尊重抵押人处分权的同时，尽量使抵押物转让对抵押权人的利益不构成威胁，并不过度损害抵押物受让人的利益，以缓和各方当事人间的利益冲突。其二，如何达到“物尽其用”的价值目标，使抵押物当前使用价值和将来交换价值的利用达到完美结合。

[9] 梁慧星主持：《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第645页。

[10] 覃宇翔：《略论登记抵押物在抵押期间转让的效力》，载江平主编：《中美物权的现状与展望》，清华大学出版社2003年版，第598页。

（一）当事人之间的利益平衡

1. 当事人之间的基本利益关系

首先应当考虑抵押权人利益的保障。这是因为，设置抵押权的根本目的是保护抵押权人的利益，如果偏离了这一基本目标，抵押权制度就会失去存在的意义，也将会使抵押物转让制度失去存在的妥当性基础。但是，在坚持抵押权人利益优先保护的同时，不能忽视对抵押人和受让人利益的尊重。其实，不同的制度安排的差异主要在于对“牺牲何者的利益来保障抵押权人”这一问题的回答不同。传统立法通过追及效力牺牲受让人的所有权来保障抵押权人，而价金物上代位则通过牺牲抵押人对价金的支配来保障抵押权人。不过在传统立法中，受让人牺牲的利益可以通过向债务人追偿而得到弥补。类似地，在价金物上代位制度中，一般情形下抵押人自己承担本应承担的责任，而受让人可以获得完整的所有权。

2. 利益平衡在传统立法中的表现

显然，绝对的追及效力对抵押权人的利益保护是最为充分的。但是，抵押物的受让人则因此处于不利的地位。因此，传统立法主要通过涤除制度的建构来“适当地平衡债权人的利益与取得者的利益。”^{〔1〕}但因为涤除制度本身的缺陷，这种利益平衡机制是很受局限的。

（1）涤除制度的平衡机制

在法国、日本等传统立法的涤除制度中，受让人享有涤除权，可以在抵押权人实现抵押权之前提出一个涤除金额。如果抵押权人接受涤除金额，则可消灭抵押物上的抵押权效力。如果抵押权人不同意涤除金额，则可以申请拍卖。但是，抵押权人必须以高于涤除金额的增价为底价进行拍卖，法国和日本都规定增价的幅度为10%以上。同时，抵押权人应当提供相应增价的担保，在拍卖流产后，抵押权人承诺自己买受抵押物。可见，通过涤除权的行使，受让人可以排斥抵押权的追及效力，从而获得“完整”的所有权。这在一定程度上平衡了抵押权人与受让人之间的利益冲突。

（2）涤除制度在利益平衡中的缺陷

但这种看似平衡各方利益的做法，实际上是以损害抵押权人和受让人的利益为代价的。它只是将追及效力导致受让人承担的不利益的一部分转嫁给了抵押权人。对抵押权人而言，除非承受上述种种因涤除产生的风险，^{〔12〕}否则可能因涤除金额过低而使一部分担保债权无法实现，沦为普通债权人；有时即便是获得正常的价金，也可能因物价波动的影响无法完全实现其债权，丧失期待利益。对受让人而言，即便其通过涤除制度消灭了抵押权的追及效力，这部分涤除金额的损失仍只能通过向债务人追偿获得补救。通常而言，涤除程序的行使，往往是由债务人不清偿债务所致，故此时受让人获得的对债务人的债权是一个没有担保且可能难以实现的债权。可见，涤除权所能达到的平衡在实质上，是将可能遭受的不利益在抵押权人和受让人之间进行分配。

此外，涤除权的功能局限于平衡债权人的利益和受让人的利益，没有考虑抵押人的利益得失问题。对于抵押人而言，其通过设定抵押和出售抵押物两个行为获得了两份资金利益。并且，通过转让行为，抵押人承担的责任从一个担保债权转变成为一个无担保债权，转让抵押物成为了抵押人解除其担保责任的合法途径。在追及效力发挥作用的情形下，抵押人在抵押物转让过程中获得了利益，其无需支付对价便可获得此种优待，显失公平。可见，涤除权制度局限性的根源在于，它简单地撇开了抵押人，孤立地考虑其他两者之间的利益分配问题，只关注抵押权人与受让人之间的纠

〔1〕前引〔3〕，张巍文，第521页。

〔12〕涤除权制度容易造成滥用涤除权损害抵押权人利益的问题，学者对此有诸多批评。因此最近日本对涤除制度提出若干修改方案，主要包括废除“增价拍卖”、“抵押权的实行须通知抵押物取得人（第三人）”等对抵押权人不利的制度。参见渠涛：《日本担保物权制度改革的新动向》，载中国民商法律网学者论坛。从日本的改革动向中可以看出，改革着力点在于将抵押权人承受的一部分不利益转移到受让人身上，从而减轻抵押权人的负担。但是，这样的改革可能会偏离涤除制度试图平衡债权人和取得者利益的制度价值。

葛，在不利益的分配中免除了抵押人的责任，最终导致了“鹬蚌相争，渔翁得利”的结果。所以，就解决抵押物转让所涉及的所有当事人之间的利益平衡问题而言，涤除制度的效果并不十分理想。

3. 价金物上代位制度与利益平衡

价金物上代位制度之所以能够提供利益平衡，是因为抵押权人不是通过追及效力获得保障，而是通过将其支配权的客体从物转移到价金来实现的。因此，受让人就可以排除追及效力的影响，获得对抵押物的完全权利，从而不需要借助于其他途径来对其利益予以特别保护。实现平衡的关键在于抵押人在追及效力制度中所获得的额外利益被取消了，他不能够通过抵押物的转让实现担保债务到无担保债务的蜕变获得资金利益，而仍然受到抵押权的制约。尽管如此，在一个各方利益都得到平等对待的场合下，抵押人并不是一无所获，在理性转让抵押物的场合，抵押人可以确定的获得他所能期待的合理利益。由此，价金物上代位制度实现了各方当事人之间的基本的利益平衡。

但是，价金物上代位在利益平衡上的表现也并不完美。因为此制度下的利益平衡受到价金因素的制约，抵押物转让价金的高低将会直接影响到抵押权人利益的实现。抵押物转让制度应当优先考虑抵押权人的利益，若价金不足以清偿抵押权人的债权时，依然坚持价金物上代位，抵押权给债权人带来的安全性就会丧失，动摇整个抵押权制度的正当性基础。

4. 小结

比较上述两种制度，追及效力虽然能为抵押权人提供保障，但传统立法为平衡第三取得者的利益，不得限制追及效力的行使。从整个制度架构来看，传统立法客观上反而将重心放在了抵押人利益的保护之上。相反，价金物上代位制度则可以去除对抵押人的不当保护，实现三者利益的平衡。但单纯依赖价金物上代位同样有其自身局限所在，这也是我国担保法无法解决的问题。所以，从利益平衡的角度考虑，应当发挥价金物上代位的优点，再尝试通过追及效力来弥补其局限性，实现制度的最优组合。

(二) 物尽其用

抵押权制度属于物权法的范畴，物权法制度的价值“在使其利用，而不在使其所有，亦即法律所以保护所有者者，乃期其充分利用，以发挥物之效能，而裕社会之公共福利”。^[13]所以，抵押物转让的意义不在于转让本身，而在于抵押物的转让有助于抵押物效用的发挥，通过流转实现抵押物的保值和增值，在促进个人利益增加的同时促进社会利益的提升，与物权法所希冀的“物尽其用”的价值目标相契合。那么，以抵押权追及效力为主导的传统立法与以价金物上代位为主导的立法模式，何者更能促进“物尽其用”价值的实现呢？

1. 抵押物的流通

一个正常的经济制度下，财产的流通性或曰财产权的让与性是健康的社会范围的经济流转所必需的，也是财产权名符其实甚至增值的前提和表现。^[14]

对于抵押物的流通可能性，有人认为：在代位主义下，抵押权人转让抵押物的价款要么提前向抵押权人清偿，要么提存，自己却不能利用，除非抵押物转让的价金大大高于所担保的债权，否则转让抵押物根本无利益可言。因此，抵押人不会转让抵押物，转让与市场经济的流通观念不符；而在追及效力下，抵押物可以转让并且所得价金由其支配，满足其融通资金的需求，也使市场得到流转。^[15]

这种观点有一定的合理性，但并不全面。这是因为：首先，追及效力的存在会对抵押物的流通性构成障碍。抵押权的追及效力的存在，使受让人总是担心将来债权人的债权未得到实现之时，其受让的抵押物有被变卖求偿的风险。“第三取得者的地位如为债务人是否清偿债务所左右，则其权

[13] 郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第17页。

[14] 崔建远：《抵押权探微》，《法学》，2004年第4期。

[15] 参见前引[10]，覃宇翔文，第598页。

利状态显然不安定,由此也就会使得无人愿意买受抵押不动产,从而令抵押不动产的流通受阻。”^[16]因此,传统立法又建立了涤除权制度,但值得注意的是,这种安排虽然可以让受让人尽其所能充分发挥物的效用,而不用顾虑将来受让抵押物被变卖的风险,但这种安心是以取得对债务人的一个无担保债权为代价的。通常,受让人选择涤除抵押权是出于对债务人信用的不信任或者债务人已然不可能履行债务。在这种预设的分析下,受让人很可能丧失购买抵押物的积极性。事实证明,在抵押物权登记制度已经较为完善的情形下,涤除权的保护根本无法有此助动力,在法国,涤除制度几乎已经不被使用了。^[17]其次,价金物上代位制度与抵押人转让抵押物的积极性并不存在必然的对立关系:(1)当抵押物对抵押人而言无实际价值时,抵押物可能会转变成抵押人的累赘,甚至是额外的负担,抵押物的流转能够让他摆脱抵押物附加的负担,从而增加其消极利益;(2)在抵押物的平均物价呈下降趋势情形下,如果抵押人保留抵押物至抵押权之实现,必然要遭受因价值贬损造成的损失。此时,他肯定倾向于选择最有利的时机转让抵押物,保全抵押物的价值,无论抵押人还是抵押权人都能从中获益。

可见,就促进抵押物流通而言,追及效力和价金物上代位都可能构成阻碍,但这都是为保障抵押权人的利益所致。在转让抵押物有助于抵押人自身利益的保全时,流通抵押物是一个理性经济人的选择。在此情形下,比较而言,价金物上代位制度更能促进抵押物的流通性。

2. 抵押物的利用

财产流通的可能性只是增加“物尽其用”实现的机会,但流通与否并不必然导致物尽其用目标的实现。这是因为,“物尽其用”的实现在于通过资源优化配置,让最能利用该物的人去充分发挥物的效用。流通能够使物从无用之人流转到有用之人,以此促进“物尽其用”。但是,如果财产始终掌握在最能利用它的人之手,就物尽其用的价值目标而言,流通与否没有实质意义。抵押物的效用能否得到最佳的发挥应当从抵押人或者受让人对抵押物的利用能力进行分析:

首先,抵押人无论是设定抵押权保有对抵押物的占有使用还是移转抵押物所有权,都有可能达到“物尽其用”的目标。(1)设定抵押权既能满足抵押人对资金融通的需求,担保将来债务之清偿,又能在抵押权未实现之前继续占有使用抵押物,满足其对抵押物使用价值的需求。在设定抵押权之时,抵押物通常对其具有实际利用价值,抵押人能充分发挥其效用,他才选择保留占有、使用抵押物的权利。因此,抵押人往往在抵押物的使用价值不能满足其需求时才考虑转让抵押物。无论采取何种制度,抵押人转让通常是以其自身利益的得失为依据,而并不是为流通而流通。(2)处分抵押物亦是抵押人对抵押物进行利用的一种方式。抵押人可以通过转让摆脱无用抵押物的负担或者避免抵押物价值的贬损,从中获得利益。但是,受让人在购买抵押物时,在同等条件下,必然选择其他无权利负担的物;即便买卖合同成立,受让人也会顾虑追及效力的风险而压低价格,抵押人的谈判筹码也会因权利瑕疵而受影响,无法获得最有利的价格,从而损害其利益。价金物上代位制度中基本上不存在这个问题。可见,在利用这一层面上,追及效力对抵押人的利益是构成妨碍的。

其次,受让人购买抵押物有利于发挥物的最大效用。受让人购买抵押物的目的在于抵押物对其存在利用价值,并希望在利用价值存续的时期内能够最大限度地予以利用并保持对抵押物的占有使用。如前所述,追及效力的存在使得受让人无法全心投入,挖掘抵押物的潜在价值,他只能在承担无担保债务和承担风险之间做出选择。承认转让价金作为代位物,消除抵押权追及效力的困扰,受让人在获得抵押物之后就可以尽其所能发挥抵押物的效用,实现物尽其用的价值目标。

3. 小结

综上所述,在发挥抵押物的效用这一层面上,以追及效力为主导的传统立法会对抵押物的流通

[16] 前引 [3], 张巍文, 第 526 页。

[17] 参见前引 [4], 费安玲主编书, 第 192 页。

和利用造成消极影响。尽管价金物上代位也可能在一定程度上会打消抵押人转让抵押物的积极性，但这仅存在于抵押人意图通过转让获得——以损害他人权益为代价——资金利益的情形下；当不流通将对抵押人的既得利益构成影响时，价金物上代位制度能够促进抵押人利益的增加，实现资源的优化配置，最大限度发挥物的效用。

三、以价金物上代位为主导的抵押物转让制度的架构

传统意义上的抵押权的追及效力虽然能够给予抵押权人充分的保障，但它并不能充分实现当事人之间的利益平衡，也不能很好地促进物尽其用的价值目标的实现，而物上代位制度在一定程度上能够弥补追及效力制度的不足。因此，应当从抵押权的价值权本质出发理解抵押权的效力，建构以转让价金物上代位为主导、抵押权追及效力为补充的抵押物转让制度。

（一）物上代位适用的扩展——转让价金

我国担保法和日本民法典的实践已经对传统物上代位的适用范畴做了突破，承认转让价金的代位物性质，就抵押权的本质属性而言，这种扩展是正当的。

担保物权是价值权，德国民法学家柯拉认为，对物的独立权利，可分为实体权和价值权两种。实体权是以追求物的使用价值为目的、以物的实体为客体的物权；而价值权则是追求物的交换价值为目的、以物的潜在货币价值或资本价值为客体的物权。^[18]担保物权是通过确定支配担保物的交换价值为目的的权利，属于价值权的范畴。^[19]物对抵押权而言仅仅是一个抽象的存在，抵押权期待的不是物的实体本身，而是物所蕴涵的交换价值，因而抵押权更关注交换价值的实现，这是担保物权和其他物权的差异所在。正因如此，“权利标的物虽变化其原有形之态样或性质，但只要还能维持其交换价值，则依抵押权之本质，抵押权之效力能追及至该变形物或代表物上。”^[20]

需要指出的是，存在于抵押物之上的交换价值仅在人的关系中才有意义，我们通常所说的物的交换价值是对特定人而言的，抵押权人支配的也只是抵押人所拥有的交换价值。否则，只要物不灭失，交换价值便可永续存在，物的交换便可产生交换价值，难道抵押权人对这些交换价值都有支配的权利？当然没有。在通过正常途径实现抵押权的场合下，抵押权人对变卖后的抵押物不再有任何权利，原因便在于抵押权所支配的交换价值仅是抵押人所拥有的那部分。正因为如此，在一个抵押物上存在多个抵押权的场合，实现在先的抵押权通过变卖获偿之后，其他抵押权人只能支配剩余的价金，而不能追及于抵押物。表面上看来，法律强制变卖有切断追及效力的作用，但实际上这是交换价值的本质使然。

对抵押人而言，实现交换价值的途径只有通过出售。这是因为，交换价值虽然存在于物上，但对其支配者而言，要真正实现对交换价值的支配而实现目的，必须通过变价；否则，交换价值结合于物上无从分离，对抵押权人而言，只是一种期待而已。无论是自主转让还是在抵押权实现之时的强制拍卖，处分之后，抵押人所支配的抵押物的交换价值已然实现，无回复之余地，不能人为地否认抵押人通过自主转让抵押物实现交换价值这一客观过程。允许抵押物的自由转让，也就是表明，如何实现抵押物的交换价值应当是抵押人的自由。在转让抵押物之后，交换价值既然已经得到实现，抵押权人的支配权也自然转移到交换价值新的载体之上。因此，“通过转让所获得的价款可以继续作为担保”，^[21]从而抵押权人对抵押物的追及力也就无从行使。

[18] 转引自陈本寒：《担保物权法比较研究》，武汉大学出版社2003年版，第33页。

[19] 程啸：《中国抵押制度的理论与实践》，法律出版社2002年版，第13页。

[20] 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第405页。

[21] 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年版，第720页。

总之，将转让所得的价金视为抵押权效力所及的代位物具有正当性基础。担保物权的宗旨在于支配标的物交换价值以保障债权的安全，无论此交换价值附着在何种载体之上，都应继续为担保物权的效力所及。^[22]原则上，抵押物转让之后，抵押权的效力首先及于转让价金，价金作为代位物担保债权，从而排除追及效力的适用。当抵押权担保的债权小于抵押物本身的价值时，因为抵押权支配的只是物的一部分交换价值，所以，只要抵押物的转让能保证抵押权人支配的交换价值的实现不受影响，抵押人应能自由决定抵押物转让的价格。

（二）追及效力之补充作用

抵押权为担保债权而存在，只关注抵押物的交换价值，从另一角度而言，抵押物转让价金的多寡便会直接影响到抵押权人的利益。这也是价金物上代位的局限所在。此时，为了保护抵押权人的利益，确保抵押权的安全，应以抵押权的追及效力为补充。在抵押物转让场合，造成抵押权人利益受损的通常有两种情形：

1. 客观因素——物价变动

抵押权实现的时间系属将来，抵押权人只有在担保债权届期未受清偿时，方能实行其担保物权。^[23]物价通常受市场因素的影响起伏不定，在将来特定时刻抵押物的价格高低是当事人所无法控制的。前面已经提到，当抵押物的物价持续下跌时，抵押人可通过转让抵押物保全交换价值，这对抵押人和抵押权人而言均是有益无害的。

但在现实生活中，也不乏物价节节上涨的情形，近几年来众多地方的房价便呈现这一趋势。抵押物以市场价格转让于第三人之时，所得价金可能不足以清偿担保债权，抵押权人会认为该抵押物价值会上涨，因此不希望抵押人提前出售，而希望在抵押物实现之时出售。因为抵押权具有对将来的期待性质，抵押权人同意就某抵押物担保债权并不是依据其设定之时的价值，而是对将来物价上涨的预期，抵押物在价位较低时转让而有碍于担保物权的实现，显然损害了抵押权人的正当利益。在抵押物转让中，抵押权人的利益应当得到优先保护。因此，在这种情形下应当保护抵押权人的期待利益。

上述情形下，追及效力可以在一定程度上弥补物上代位对抵押权人保障之不足。我们认为，在承认转让价金的物上代位性的前提下，应赋予抵押权人于将来就债权未实现部分行使追及权的期待权。所谓期待权，并不是在任何情况下抵押权人都能行使追及权，而只能在抵押权实现之时抵押物的市场价格确实高于转让时的价格，扣除履行变卖的费用和先前支配的价金，仍能填补剩余债权时，方能行使。因此，与抵押权人的追及权相对应，受让人在物价并未上涨或者稍许上涨尚不能支付履行变卖费用时，得行使抗辩权对抗抵押权人。

2. 主观因素——抵押人与受让人相互串通低价转让

抵押权人支配的是抵押物的交换价值，价金成为代位物的原因在于它是抵押人实现抵押物的交换价值的变形。但是，交换价值是否实现，并不仅以转让为判断标准。交换价值是一种使用价值与另一种使用价值相互交换的数量关系或比例，是相对价值，商品交换价值量的大小，受到各自生产上耗费的劳动量、市场上的供求关系、产品的效用等多元因素的影响。^[24]因此，交换价值的实现应当符合正常的市场规律，即交换价值实现与否，应当以抵押物是否以当时的市场价格正常转让为标准。

抵押权人支配的交换价值的实现与否，应当考察抵押物转让的价格是否公平。当抵押人与受让人相互串通，受让人知道或者应当知道转让价格低于正常价格仍取得抵押物，损害抵押权人利益时，如果抵押权人仍只能对转让所得价金进行支配而无法行使抵押物的追及力，势必不能保障抵押权人的正当利益，显失公平。所以，如抵押物在转让过程中，因抵押人和受让人的原因导致抵押权

[22] 前引 [18]，陈本寒书，第14页。

[23] 参见谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第538页。

[24] 张云德：《交换价值是市场经济的基本范畴》，《浙江大学学报》（社科版），1997年第4期。

所支配之交换价值未得到充分实现，抵押权人就未实现部分的交换价值仍保留对抵押物的追及效力。例如，受让人与抵押人串通，以转让行为来逃避债务，就应当允许追及力的存在。但是，追及效力不得对抗善意第三人，即受让人若不知为抵押物（如抵押物未登记且抵押人未告知），或不知转让市场价格而受让抵押物，则可以对抗抵押权。但是，第三取得人通过无偿赠与取得抵押物的，则不能对抗抵押权的追及效力。

（三）价金代位物支付的程序规制

1. 程序规制的意义

通常，价金若交付给债务人或第三人，与一般财产相混和后便会丧失其特性，导致抵押权效力无法追及。^[25]所以，要保证抵押权对代位物的直接支配，必须将代位物特定化，与抵押人的一般财产相区分。

我国担保法第49条虽然规定了转让价金应当清偿或者用于提前清偿，但没有对如何提存或者清偿进行规制。尽管抵押人在转让时有通知抵押权人的义务，但若抵押人拒绝提存或者清偿，抵押权人也无能为力。此时，抵押权人只能请求抵押人返还其出售的价款，而不能直接支配抵押物，作为物权的抵押权转化成了债权，这大大降低了对债权人的保护效力。^[26]尽管法条中“应当”之类的措辞能够使当事人的利益受到司法的保护，但程序规制的欠缺不可避免地导致抵押权人维权成本的增加，且如果抵押人肆意挥霍所得转让价金，抵押权人对附着在价金之上的交换价值的支配甚至可能无法实现。所以，对物上代位做出程序上的规范是十分必要的。

2. 程序规制的立法例比较

物上代位制度在许多国家都存在，只是代位物的范围有所差异。这些国家的立法从保护抵押权人利益的角度出发，对代位物的支付进行了严格的规定。

德国民法对保险人支付作为代位物的保险金的行为规定如下：1) 对登记簿上之抵押权人发出事故发生之通知（该通知由保险人或被保险人为之均可）；2) 通知后经过1个月，如通知不能时则事故发生后1个月，保险人得单独向抵押人给付。因保险人现实给付而消灭其责任，这种给付应视为有抵押权人之默示同意。在上述期限内，抵押权人提出异议时，保险人不得向抵押人为给付，只能以提存方式免除其债务。^[27]瑞士法规定，到期的保险金额，经全体不动产担保物权人同意，始得交付于被保险的土地的所有人，但是，如土地所有人提供相当担保后，以回复担保物为目的，保险金仍可交付于土地所有人。^[28]意大利、法国等国也有类似的规定。可见，上述国家在具体程序的规制上有所不同，但都对保险人课以义务，在其支付代位物时，应当履行通知的义务，获得抵押权人的同意，否则不能先行支付于抵押人。但是，只有在第三人知道或者应当知道抵押之情事，方应履行此种义务。^[29]

另外，日本民法认可转让价金作为代位物，其代位权乃以对代位物的扣押为核心，明确规定在支付代位物之前，应当由抵押权人对代位物进行扣押，当代位物被扣押时，不论其表现形态如何，抵押权人取得的都是一种对代位物的支配权。^[30]

国外立法例大都对代位物的支付做了程序规制，将代位物在落入抵押人之手前予以特定化。这样就可以使抵押权人获得对代位物的直接支配权，防止抵押人滥用代位物，损害抵押权人的利益。

3. 程序规制的设计

在承认转让所得的价金作为抵押权支配的代位物的情形下，受让人获得了免受追及力侵扰的权

[25] 参见前引 [20]，刘得宽书，第420页。

[26] 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第549页。

[27] 前引 [20]，刘得宽书，第408页。

[28] 前引 [4]，费安玲主编书，第199页。

[29] 同上书，第200页。

[30] 许明月：《抵押权制度研究》，法律出版社1998年版，第255页。

利。但是，从利益平衡的角度，受让人也不能免除其作为知情人应承担的义务。所以，对知道或应当知道抵押事实的受让人，在支付价金代位物时应当进行程序规制，对其课以一定的义务：

第一，当受让人支付抵押物的价金时，应当通知抵押权人，获得抵押权人同意方能向抵押人直接支付价金；在抵押权人不同意的场合，可以直接向第三人提存；至于抵押权人能否就价金提前清偿其债权，则需得到债务人的同意。

第二，如果受让人不履行此义务，则受让人应承担赔偿责任，抵押权人仍可追及于转让后的抵押物；受让人可以通过涂销权消灭抵押权，并向债务人追偿；受让人也可因债务人与抵押权人达成提前清偿或者向第三人提存的协议而消灭抵押物上的抵押权。^[31]

(四) 小结

抵押物转让制度，应当充分考量当事人之间的利益平衡和实现“物尽其用”的价值目标这两个问题。价金物上代位在理想状态下能够实现各方当事人利益的平衡，并理性地促进物的效用的最大发挥；而追及效力可以在特殊情况下弥补价金物上代位对抵押权人利益保护之不足，维护抵押权制度的稳定性和安全性，从而避免使抵押物转让成为威胁抵押权制度安全性的一个漏洞，巩固抵押物转让的正当性基础。

四、对物权法草案的评析

物权法的制定正如火如荼地进行，学者们提出了多个物权法的建议稿。其中，以梁慧星教授主持的建议稿、王利明教授主持起草的建议稿、全国人大法工委 2002 年 12 月出台的民法典草案以及 2004 年 8 月出台的物权法草案影响最大。全国人大 2002 年 12 月出台的民法典草案中的物权法编继续沿用了担保法第 49 条的规定，在此不再赘述。其他三个草案都取消了对抵押人处分不动产抵押物的限制，允许抵押物的自由转让。但是，对转让之后当事人之间法律关系的安排，三稿采取了不同的态度。

(一) 梁慧星教授主持的物权法草案建议稿

梁稿第 326 条规定：“不动产抵押权设定后，抵押人可以转让抵押物，或者在抵押物上设定新的抵押权，抵押权人的权利，不因此而受影响。”第 327 条规定：“取得抵押物所有权的第三人，可以代替债务人清偿抵押担保的全部债务而消灭抵押权。取得抵押物所有权的第三人，可以提存抵押担保的债务金额而请求消灭抵押权。”第 319 条规定：“抵押权的效力及于因抵押物毁损、灭失所取得的代位物。负有给付代位物义务的人，因为恶意或者重大过失向抵押人为给付的，其给付对抵押权人不发生效力。”^[32]

可见，梁稿采纳了担保法司法解释的观点。梁稿采抵押权登记生效主义，即“抵押权自抵押登记之日设定”，对登记的抵押物，抵押权的效力不因抵押物的转让而受到影响，且受让人可以通过代位清偿消灭抵押权。但代位清偿相较于传统立法中的涂除权，对受让人的利益保障更为弱化。^[33]依据建议稿的规定，抵押权人的利益和抵押人的利益在一般情况下都不会受到影响，惟独受让人应

[31] 就抵押人的义务而言，在转让与毁损灭失的情形下表现有所不同：毁损灭失的情形下，抵押物已经不复存在或者价值减损，因此，在第三人不履行法律规定之义务而直接对抵押人给付时，第三人不能免除其义务，仍对抵押权人承担责任；抵押物转让情形下，抵押物依然存在，若抵押权人未能获得对转让价金的支配权，则受让人应当为其行为承担责任，但此时受让人应承担的义务不同于毁损灭失时之情形，抵押权人仍可追及于受让人获得的抵押物。相较于要求第三人直接承担责任而言，物的担保更能保护抵押权人的利益。

[32] 前引 [9]，梁慧星主持书，第 66 页。

[33] 传统立法中的涂除权，是指抵押物的第三取得人向抵押权人支付（或者提存）适当金额以消灭抵押物上抵押权的制度。这在日本、法国民法中均有规定。显然，这不同于与梁稿规定的一般受让人的“代位清偿”制度。王稿做了与梁稿类似的规定。

当承担不利益。这一制度安排延续了抵押权追及效力的弊端，且没有采取传统立法中的涤除权制度予以适当平衡，并不可取。

（二）王利明教授主持的物权法草案建议稿

王稿第 405 条规定：“抵押人经抵押权人同意转让抵押物的，转让抵押物的价款向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。抵押人未经抵押权人同意而转让抵押物或者抵押物依法被继承的，抵押权不受影响。抵押物的取得人可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭；也可以提存抵押担保的全部债务金额而请求消灭抵押权。因转让而取得抵押物的受让人有权请求抵押人除去抵押权。代债务人清偿债务的受让人可以向抵押人追偿。未经登记的抵押权不得对抗受让人，因转让抵押物而给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。”^[34]

王稿以“抵押权人同意”与否这一主观标准作为分配三方当事人利益的基础。在抵押权人同意的场合，此稿沿用担保法第 49 条，抵押权的效力及于转让价金而消灭抵押权的追及效力，但不对受让人课以物上代位物义务人应承担的相关的义务。在未经抵押权人同意的场合，则沿用司法解释的规定，抵押权追及效力不受影响。依此标准可以看出，王稿的出发点在于保护抵押权人的利益不受抵押物转让的影响。此稿亦未采与日本、法国相类似的涤除权制度，而是采取与梁稿一致的代位清偿制度消灭抵押物上的抵押权。

从总体上来说，王稿的主观标准的划分虽然在一定程度上缓和了三者之间的利益冲突；但事实上，采追及效力还是价金物上代位的主导权是掌握在抵押权人的手中。一般而言，抵押权人只有在自己的利益未受影响的前提下才会做出同意的意思表示。因此，在抵押权人不同意的场合或未提请抵押权人同意的场合，追及效力引发的弊端仍然存在，可能会在一定程度上损害受让人的利益。

（三）全国人大的物权法草案修改稿

其第 216 条规定：“（1）抵押期间，抵押人转让抵押物的，所得的价款应当向抵押权人提前清偿所担保的债务或者向与抵押权人约定的第三人提存，超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。（2）转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押人可以要求抵押人提供相应的担保，抵押人不提供的，或者转让的价款未按照前款规定清偿、提存的，抵押权对受让人继续有效，但不得对抗善意第三人。”

此条规定取消了我国现行担保法对转让的限制，原则上确立了转让所得价金得作为代位物的地位，而且，与担保法彻底抛弃追及效力的作用不同，此稿以债务人的行为作为标准划分了价金物上代位和抵押权追及效力的适用范围：

1. 债务人是否就取得价金用于提前清偿或者提存。这主要是由于没有对价金代位物支付进行程序规制所致。这种方式，与对受让人在支付价金时课以一定义务，取得抵押权人同意的制度安排相比，对抵押权人的利益没有太大差别，但却不利于对受让人的保护，并且有包庇恶意的抵押人的嫌疑，因为其得以摆脱抵押人的地位而转变为受让人的一般债务人。这事实上是将受让人的利益受制于债务人或者是抵押人的道德风险，而不是由其自己的行为来控制自己的风险，显然有失公平。

2. 抵押人恶意低价转让抵押物，债务人是否提供相应担保。在抵押人与受让人恶意串通的场合，法律没有直接赋予抵押权人追及力，而是设置了一个前置条件——提供相应担保。这点对抵押权人或者抵押人而言，可能并无太大的影响，但是将债务人的一般财产升格为担保财产，这会影响到其他一般债权人的权利的实现。况且，本来就无保护恶意受让人的必要，应当直接规定抵押权的追及效力，使民事主体为自己行为负责，保护其他一般债权人的利益。

总的来说，此稿克服了担保法第 49 条对抵押权人保护不利的弊端，建构起以价金物上代位为主导、追及效力保障为补充的抵押物转让制度，但是由于欠缺程序的规制，可能造成价金物上代位

[34] 王利明主持：《物权法草案建议稿》，载中国民商法律网。

适用的现实障碍，从而只能回复到追及效力适用为主导的情形。

五、结 语

财产流转方能实现财产的保值和增值，合理的抵押物转让制度的设计可有效地促进抵押物的流转。理性的经济人均从利益最大化的角度安排自己的行为，对各当事人的利益作出妥当的法律安排，其根本目的在于促进资源的优化配置，充分发挥物的效用。在法律中首先明文规定立法目的，是中国立法的惯例。概览目前我国学者以及法工委起草的物权法草案，无不在首条阐明物权法是“为了保护民事主体的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设”，^[35]却均未将“促进物之效用的发挥”这一物权法的基本价值予以明示。相较于“社会经济秩序”云云，将“促进物之效用的发挥”作为物权法的基本宗旨予以明确规定更具指导意义，抵押物转让的制度设计如此，物权法的其他制度亦是如此。这是我们在制定物权法中应当加以深思的。

Abstract : The mortgager can transfer mortgaged goods to a third party freely , but the transfer should consider the mortgagee ' s interest , which is protected by the right vested to the mortgagee that he can claim the goods itself in traditional civil law . However , such an institution has its nature defects , damaging the interest of transferee , making the allocation of interest and risk lack the balance . The article considers that the institution of transfer of mortgaged goods should be designed to balance the conflict of interests of mortgager , mortgagee and transferee , and to make full use of property , which is the basic purpose of property law . Due to the fact that right of hypothec is a right of value , we could attempt to design the institution of transfer of mortgaged goods as follows . Generally , the money paid to mortgaged goods is the substitute of the latter , and the mortgagee could claim the goods itself as the supplement .

Key words : the mortgaged goods , to claim the goods itself , the balance of interests , to make full use of property

[35] 梁慧星主持物权法草案建议稿第1条。另外，全国人大法工委物权法草案第1条亦规定：“为保护自然人、法人的物权，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。”王利明主持的物权法草案第1条规定：“为保护民事主体的合法权益，维护社会经济秩序，稳定物权关系，促进社会主义市场经济的发展，特制定本法。”